

# **DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO E A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL**

## **CRIMINAL LAW AS A DOMINATION INSTRUMENT AND DISPARATE IMPACT THEORY**

Esron Pinho<sup>1</sup>

**RESUMO:** Nem sempre o ato normativo, com evidência para o penal, é imparcial e aplicado de forma igual a todos. Muito pelo contrário, ele pode servir como um instrumento de dominação. Ainda que isso não venha explícito em seu texto, ele pode provocar discriminação oculta sobre determinado grupo, causando-lhe impacto desproporcionalmente nefasto. No campo penal, há diversos institutos ou dispositivos que impõe um impacto desproporcional a umas pessoas e favorecem outras. Sem a intenção de exaurir o assunto, tal teoria descortina, portanto, como os atos normativos, com evidência para os penais, são manipulados para impor um modelo de comportamento dito moral pelos detentores do poder.

**PALAVRAS-CHAVE:** Impacto Desproporcional. Instrumento de Dominação. Igualdade. Discriminação Indireta.

**ABSTRACT:** Not always the normative act, with evidence for the criminal, is impartial and applied equally to all. On the contrary, it can serve as an instrument of domination. Although this is not explicit in its text, it can provoke hidden discrimination against a particular group, causing it disproportionately disastrous impact. In the criminal field, there are several institutes or devices that impose a disproportionate impact on some people and favor others. Without the intention of exhausting the subject, this theory reveals, therefore, how the normative acts, with evidence for the penal ones, are manipulated to impose a model of said moral behavior by the holders of the power.

**KEYWORDS:** Disproportionate Impact. Instrument of Domination. Equality. Indirect Discrimination.

### **INTRODUÇÃO**

A norma, em geral, é consequência de um processo legislativo que carrega para a comunidade diversas ideologias, provenientes da moral, da ética e dos valores considerados relevantes para os que detêm o poder político. Nesse campo de combate entre as lutas de classe, surge a ameaça de imposição de penas das mais variadas para os que intentam

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Cesmac do Agreste.

descumprir tais ideais. Nesse instante, surge o direito penal como meio de controle da massa social dominada.

À vista desse panorama, o que se corre às obscuras é que, considerando as novas formas de discriminação (que perpassaram das discriminações diretas para as discriminações obscuras, as quais, hoje, podem ser difíceis de ser identificadas), os detentores do poder político e econômico manipulam os atos normativos sancionadores com a intenção de manter o *status quo* de diferença e de dominação. Paralelo a isso, surge a Teoria do Impacto Desproporcional, cujas bases visam descortinar atos normativos, com evidência para os penais, que, aparentemente neutro, perpetuam as diferenças e estigmatizam com as pechas do “criminoso”.

Assim, é relevante entender como o Direito Penal é utilizado como um instrumento de dominação? Quais os meios penais utilizados pela classe dominante para controlar os que estão à margem do capital? De que forma é utilizada a teoria do impacto desproporcional na busca pela evidenciação de institutos discriminatórios travestidos de legítimos?

Frente às lutas de classe, o detentor do capital se utiliza da lei, em especial a penal, para impor modos de vida e sancionar valores relevantes para o interesse dos dominantes de forma a mantê-los sob controle; efeito de um sistema sancionador discriminatório é a imposição de penas desarrazoadas, restrição de acesso ao processo justo, não intervenção nos crimes de rico, criação de institutos penais discriminatórios e organização de um sistema punitivo que conduz à carcerização quase que exclusiva de pobres.

Por outro lado, é necessário entender como tais institutos são emanados dos poderes para combater muitas atitudes discriminatórias; é nesse sentido que se propõe a teoria do impacto desproporcional (discriminação indireta), pois busca identificar atos normativos sancionadores ou incentivos que, sob o argumento da imparcialidade, impõe condutas ou práticas desarrazoadas a um grupo, e muitas vezes beneficiam outros grupos dominantes.

Para isso, o presente trabalho tem como objetivos perceber que as lutas de classe influenciam na edição de normas penais; entender como, na prática, as normas penais podem induzir em discriminação indireta; além disso, identificar, em nosso sistema, as criações legais de controle penal bem como os entendimentos jurisprudenciais que as ratificam; Assim, tal temática é de total relevância, pois traz implícito o entendimento de situações que, na obscuridade, afeta muitos grupos, minorias hipossuficientes que são, em regra, historicamente afetadas pelo controle e dominação daqueles que possuem o poder político e econômico. Demonstra a necessidade de entender como a discriminação passou por um processo de

dissimulação, uma evolução na forma de se instituir no meio social: evoluiu da discriminação direta para a indireta.

Assim, tal temática é de total relevância, pois traz implícito o entendimento de situações que, na obscuridade, afeta muitos grupos, minorias hipossuficientes que são, em regra, historicamente afetadas pelo controle e dominação daqueles que possuem o poder político e econômico. Demonstra a necessidade de entender como a discriminação passou por um processo de dissimulação, uma evolução na forma de se instituir no meio social: evoluiu da discriminação direta para a indireta.

Nesse caminhar, perceber essas nuances é possibilitar que pobres, negros, mulheres, homossexuais etc. possam se libertar e permitir a instituição de novas legislações compensatórias. Muito mais que isso, é iniciar um processo de interrupção de políticas institucionalizadas de discriminação.

O presente estudo, considerando a temática ser relativamente nova no meio acadêmico da área do direito no Brasil, está baseado numa exploração bibliográfica e em um método de pesquisa analítico-dogmático sobre a questão, visando identificar os institutos discriminatórios disfarçados de legítimos e, com isso, enfrentar os paradigmas estigmatizantes e imutáveis da retórica penal. Assim, busca-se aperfeiçoar um sistema conceitual jurídico-penal, à luz do ordenamento constitucional, dando novas formas de interpretação, integração e aplicação à Igualdade. Para isso, houve a exploração de diversos livros, artigos, dissertações e teses jurídicos.

Para isso, dividiu-se os estudos em três principais tópicos. Primeiramente, traz-se à tona as ideias de direito penal como instrumento de dominação, as funções do direito penal para isso e como os detentores do poder os utilizam, manipuladamente, para a dominação. Em seguida, há uma exploração de todas as vertentes que assumem a Teoria do Impacto Desproporcional. Em terceiro momento, identifica-se, no mundo dos fatos, quais institutos ou atos normativos que, conforme a teoria do impacto desproporcional, impõe uma discriminação indireta, como, por exemplo, a criminalização do aborto, representação da vítima em alguns delitos, os critérios utilizados pela lei de drogas para distinguir o usuário do traficante, a súmula vinculante 24, a criminalização da pederastia no Código Penal Militar.

Assim, tendo em vista as mazelas geradas pelo nosso sistema penal seletivo, faz imprescindível novas formas de filtros que se proponham a equilibrar as relações entre dominantes e dominados, por meio do afastamento de normas discriminatórias; com isso, o

presente artigo deve ser aceito e publicado para ajudar os diversos Tribunais a afastar a aplicação de normas penais possivelmente separatistas.

## 1 IDEIA DE DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO

### 1.1 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO

O direito como um todo é proveniente de um processo de positivação culturalista das instituições dominantes; por isso, perpassa sempre por mutações, pois é subjugado pelos ideais da massa dominante de determinada sociedade. Nesse sentido, Paulo Nader<sup>2</sup> discorre que:

As instituições jurídicas são inventos humanos, que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos.

Nesse processo de determinação da ordem jurídica nova, aqueles que detêm o poder político são quem impõe sua vontade, tornando a lei coativa para todos, e submetem a comunidade num processo de dominação legitimado pela representação da maioria. É fácil perceber, portanto, que o direito pode ser utilizado como instrumento de dominação social. Nesse sentido, explica com palavras claras Eduardo Novoa Monreal<sup>3</sup> que

outro aspecto que se deve levar em conta é que a lei, a que se torna como uma concreção da vontade geral de um povo que, fazendo uso de seu poder soberano, impõe, por meio de seus representantes, as regras de vida social que devem imperar em uma sociedade, geralmente que se limita a expressar os interesses e aspirações do grupo social que, de fato, exerce o domínio (...)

Nesse sentido, pode-se inferir que a maioria dominante exerce seu poder por meio do Estado, que institui regras sancionadoras para aqueles que violam seus valores, fundadas precipuamente no instrumento da violência legítima. Assim, como meio de controle social e de coerção para o cumprimento dos ideais insculpidos na lei, surge o direito penal, dos mais rigorosos e com as punições mais severas dentro do ordenamento jurídico. É nesse contexto que se inserem dentro da norma penal sancionadora instrumentos travestidos de legitimidade,

---

<sup>2</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

<sup>3</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988. p. 49.

mas que, sob o ângulo da Teoria do Impacto Desproporcional, perpetuam as diferenças e impõem aos desfavorecidos as mazelas criadas pelo cárcere e pelo estigma de criminoso.

Como pressuposto lógico para se aprofundar na idéia de direito penal como instrumento de controle social, é necessário entender as funções do Direito Penal. Ressalte-se que aqui não é o meio para se aprofundar no estudo das penas e suas funções, sendo relevante apenas para se entender como o direito penal pode ser útil para dominar e perpetuar as diferenças.

#### a. Funções do Direito Penal

- i. Proteção de bens jurídicos essenciais – o direito tem a função primordial de proteger os bens jurídicos ditos fundamentais para o indivíduo em si considerado, bem como para toda a coletividade; “bem”, nesse sentido, pode ser qualquer coisa eleita pelo legislador como merecedor de proteção especial. Mas, daí surge um grande questionamento: quem elege tal e qual bem jurídico como imprescindível? É aqui que entra a instrumentalização do direito penal. Nesse contexto, afirma-se determinado bem jurídico como essencial considerando as idéias e intenções da massa dominante, daqueles que detêm o poder político. São os representantes da maioria, com evidência para os detentores do capital, que são eleitos para os mandatos de legisladores, os quais, em regra, estão preocupados apenas com seus próprios interesses.
- ii. Função Garantidora – aqui há, com a positivação de condutas criminosas, a proteção do indivíduo contra as intromissões do Estado. Nesse sentido, Aníbal Bruno<sup>4</sup> estabelece que o direito penal é um sistema de duas faces “*que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis*”. A questão é a relativização de garantias instituídas pela Constituição Federal. É aqui que entra o Direito Penal de Terceira Velocidade, em que há a relativização de garantias constitucionais e o resgate da pena de prisão, num ressurgimento de um Direito Penal do Inimigo.

## 2 A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL

---

<sup>4</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 11.

Desde há muito estudado, o princípio da igualdade foi delineado com a ideia de conceder um tratamento paritário a iguais e desparitário a desiguais. Percebe-se, com isso, que há pelo menos duas faces do princípio da igualdade, quais sejam: formal e material.

Sem embargo do conceito de igualdade formal e de diversos casos que ainda surgem até hoje de discriminação direta, em que a lei elege um *discrímen* sem fundamento na realidade fática, o presente trabalho visa apurar as situações em que a lei, mesmo não elegendo critério abertamente discriminatório, conduz a situação ou a tratamento que, na prática, podem ferir a igualdade material; a esse processo de separação oculto denominou-se Discriminação Indireta.

Assim, situa-se a teoria do impacto desproporcional (discriminação indireta) dentro do campo da igualdade material, pois visa a identificar ou proscrever situações que promovam a discriminações travestidas de diferenciações legítimas.

Nesse sentido, entender a teoria do impacto desproporcional perpassa pelo enfrentamento do que vem a ser a discriminação indireta. Para Olivier de Schutter<sup>5</sup>, há duas definições clássicas,

I. A discriminação indireta ocorre quando um procedimento, critério ou prática aparentemente neutra impõe, de fato, uma *desvantagem específica* aos membros de certo grupo, sem encontrar justificação enquanto medida que busca alcançar objetivos legítimos por meios proporcionais.

II. A discriminação indireta ocorre quando um procedimento, critério ou prática aparentemente neutra afeta, *de modo desproporcional*, membros de certo grupo e não pode ser justificado como medida que persegue um objetivo legítimo, por meios proporcionais. Neste segundo sentido, é referido como *disparate impact discrimination*.

E mais, podemos observar que determinados atos normativos, reguladores do poder punitivo do Estado, sob o fundamento de normatizar determinadas condutas ou procedimentos, intencionalmente ou não, concede benefícios desproporcionalmente injustificáveis a determinados nichos da sociedade (que, em regra, é a massa dominante) em detrimento dos interesses legítimos da comunidade (historicamente vulneráveis); aqui, portanto, identificamos mais manobras que se equiparam ao processo de separação oculta; mais à frente veremos o caso da súmula vinculante 24 que, a pretexto de regular o procedimento dos crimes contra a ordem tributária, acaba por beneficiar os praticantes de crimes de ricos.

---

<sup>5</sup> SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights Law**: Cases, Materials, Commentary. Cambridge University Press: United Kingdom, 2010, p. 703-718.

Para, além disso, obtempera o grande mestre Joaquim Barbosa<sup>6</sup> que

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de sua incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de indivíduos.

Nesse ponto, qualquer ato normativo, principalmente os sancionadores, ainda que facialmente neutro, mas que, ao cabo, desequilibram as relações sociais e afetam de modo grave minorias à margem, deve ser afastada sua aplicação, por ferir o direito fundamental à igualdade.

A discriminação indireta é necessariamente um conceito relacional. Nesses termos, não há uma afronta claramente canalizada para determinado grupo; muito pelo contrário, há um impacto desproporcional ou uma desvantagem específica de membros de determinado grupo (que, em regra, são vulneráveis/hipossuficientes) em relação a outro grupo da sociedade (em regra, massa dominante), com a intenção dissimulada de negar o direito aos primeiros e de eternizar a dominação dos segundos.

Considerando que discriminações diretas provenientes do poder político por meio de leis separatistas passaram a ser intolerantes, começaram a surgir leis que, aparentemente neutras, impunham a determinadas pessoas discriminações disfarçadas de legalidade; trata-se, portanto, de uma manobra dos detentores do poder político (agentes de discriminação) para subjugar e controlar grupos historicamente enfraquecidos, como negros, pobres etc. Essa perspectiva é bem constatada por Siegel<sup>7</sup>, para quem

o fim das leis frontalmente discriminatórias não levou, afinal, ao fim das desigualdades. Pelo contrário, o que efetivamente aconteceu foi que a discriminação passou a ser resultado de leis e práticas que, aparentemente, não tinham nada de discriminatórias – nem com base em seus textos, nem com base nas vontades aparentes dos legisladores.

### **3 HIPÓTESES CONCRETAS DE DISCRIMINAÇÃO INDIRETA PARA A DOMINAÇÃO NO CAMPO PENAL**

---

<sup>6</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24

<sup>7</sup> SIEGEL, Reva B. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. **Stanford Law Review**, v. 49, p. 1111-1148, 1997.

O impacto desproporcional em virtude da criminalização do aborto

Longe de ser uma discussão jurídica, política e religiosa, a criminalização do aborto é uma construção histórica de dominação do homem sobre a mulher. Esse sistema de dominação/exploração do homem sobre a mulher foi denominado de Patriarcado.

Como bem pontua Netto e Borges<sup>8</sup>

A criminalização das mulheres é, portanto, um processo historicamente construído sobre as bases do exercício do poder político e econômico de um Estado e de um Direito fundados em bases patriarcais e machistas, onde a unidade dialética consenso-coerção é mais intensamente aplicada quanto maior for a vulnerabilidade do grupo de risco, e as mulheres encontram-se, sem dúvidas, na posição de maior vulnerabilidade no sistema coercitivo penal brasileiro.

É no contexto de um sistema jurídico patriarcal e machista que surge a criminalização do aborto. Travestida de uma análise puramente de proteção da vida do feto, a tipificação visa proteger o estereótipo de mulher estabelecido pelo sistema patriarcal.

Para além disso, a criminalização do aborto impõe uma discriminação indireta às mulheres, uma vez que tal conduta, sem qualquer *discrímén* razoável, impõe a um grupo vulnerável deveres físicos e psicológicos desastrosos, além de lhes negar direitos como, muitas vezes, a própria vida e lhes impor a pecha de objeto de prazeres e dominação, e não como sujeito de direitos.

Muito pior, o tipo penal do aborto impõe impacto desproporcional ainda mais relevante para uma parcela extremamente hiposuficiente dentro do universo das vulneráveis: as mulheres negras e pobres. São elas que suportam os piores traumas discriminatórios e estigmatizantes, pois se submetem a clínicas e métodos arcaicos de abortamentos e são condenadas a morrerem em corredores de hospitais sem qualquer tipo de proteção estatal; após vencerem esse processo de sobrevivência anterior, são jogadas em estabelecimentos penais e lá esquecidas de seus parceiros porque simplesmente não cumpriram sua função social: a de não reproduzir.

É de extrema valia reproduzir trechos da decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 124.306, considerando a aula sobre o tema e a grande conquista das mulheres na valorização de seus direitos fundamentais:

---

<sup>8</sup> NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos**, São Paulo, p.321. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP.

(...) 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

### 3.1 EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA MULHER, COMO REGRA, PARA INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AOS CRIMES SEXUAIS OU AOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Considerando os aspectos históricos e culturais da sociedade patriarcal construída e abordados acima, percebe-se que a mulher sofre de diversas criminalizações. Como bem pontua Rogério Greco<sup>9</sup>

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina cifra negra.

Com isso, pode-se concluir que os crimes sexuais, bem como os praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, são atos de violência de gênero, ou seja, contra pessoas que se identificam como mulheres, contra as quais se impõe o poder e a ira.

Em relação, especificamente, ao estupro, um dos crimes contra a liberdade sexual, Kolodny, Masters e Johnson<sup>10</sup> afirmam que

---

<sup>9</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, v. 3, 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

<sup>10</sup> KOLODNY, Robert C.; MASTERS, William H.; JOHNSON, Virginia E. **Manual de Medicina Sexual**. São Paulo: Man ole, 1982. p. 430 – 431.

Constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviços de necessidades não sexuais.

É fácil perceber, assim, que os crimes contra a liberdade sexual e os que envolvem violência doméstica possuem um cunho estritamente de dominação e não apenas de desejo sexual. No fundo, tais delitos visam ratificar a cultura patriarcal de sujeição da mulher pelo homem.

Nesse sentido, tornar o *jus puniendi* disponível para a vítima é fechar os olhos para a ineficácia da tutela da liberdade sexual, da incolumidade física e da própria vida. Argumentar que o trâmite processual pode ser mais danoso à vítima é desconhecer os dados alarmantes das cifras ocultas (que são os crimes que acontecem no mundo dos fatos, mas que não são comunicados às autoridades) bem como uma quase total ausência de tutela jurisdicional; tomando tais fatos como pressupostos, é possível se inferir que o próprio sistema patriarcal influencia de forma determinante nosso sistema de justiça, do que provém, conseqüentemente, a perenização da cultura de poder sexual sobre as mulheres.

Ratificando tais informações, Costa Lima<sup>11</sup> afirma que

O discurso desigual que transfere à mulher vítima do crime de estupro a responsabilidade pela violência sofrida acarreta verdadeira tolerância social para com as agressões sexuais. A mídia, a religião, a política, o sistema de justiça criminal, entre outras instituições, costumam banalizar os efeitos do crime, fazendo com que a própria vítima incuta em si o sentimento de culpa, o que costuma engordar as chamadas cifras negras do crime.

Para além disso, já há precedente da nossa Suprema Corte (STF), em que o tribunal afastou o condicionamento do trâmite da ação penal à representação da ofendida, baseado na Teoria do Impacto Desproporcional. Alegou a Corte Constitucional, nos autos da ADI 4.424,

o desrespeito ao princípio da igualdade, mencionando a teoria do impacto desproporcional, porquanto condicionar à representação a punição do crime de lesão corporal no ambiente doméstico gera efeitos desproporcionalmente nocivos para as mulheres. Sob o ângulo do risco, alude à extinção da

---

<sup>11</sup> LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012. p. 18.

punibilidade de agressores em razão da ausência de representação, resultando na perpetuação do quadro de violência doméstica contra a mulher.

Podemos concluir, por tudo isso, que deixar ao alvedrio da mulher processar ou não o criminoso tornar ineficaz a tutela jurisdicional, pois, na esmagadora maioria dos casos, ou não se oferecerá a representação ou a punibilidade do agressor será extinta.

### 3.2 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEI DE DROGAS PARA DISTINGUIR USUÁRIO DE TRAFICANTE

Deixando de lado a dissecação do tipo penal, como fazem a maioria dos autores, este tópico visa analisar os critérios determinados pelo art. 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas, para diferenciar o usuário do traficante de drogas; estipula tal dispositivo que “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Numa visão inicial, os critérios utilizados pela lei podem parecer inofensivos, mas, de acordo com a realidade prática de um país muito discriminatório e com uma cultura de reclusão de negros e pobres, ele é extremamente inseguro e conduz a uma seletividade, a um impacto desproporcional sobre essa parcela vulnerável da sociedade.

Segundo Machado<sup>12</sup>, após fazer uma análise da origem da criminalização das drogas, a autora conclui que

(...)Quando se verifica, então, quais foram os mecanismos de criação de estereótipos de “traficantes”, de controle punitivo das classes sociais mais baixas, consideradas perigosas, e de repressão bélica ao tráfico de drogas, percebe-se que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão. (...) Quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre se elabora a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela.

Voltando os olhos ao dispositivo, o tipo traz como circunstâncias diferenciadoras do usuário para o traficante o “local” onde a droga foi apreendida com o sujeito, bem como “suas condições sociais e pessoais”.

---

<sup>12</sup> MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal da nova lei de drogas.** XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p.1103.

Mesmo disfarçada de imparcial, a lei provoca uma nítida discriminação indireta entre ricos brancos e pobres negros. Nesse sentido, se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, certamente será enquadrada como usuário e, com isso, não será submetida à prisão; por outro lado, se um pobre, com a mesma quantidade de droga, for encontrado em uma esquina qualquer em seu bairro carente, sem sombra de dúvidas será levado ao cárcere, sem qualquer resquício de presunção de inocência ou de devido processo legal, com o estigma de traficante.

É mister salientar que a grande massa das prisões acontecem nas favelas, principalmente nas chamadas “bocas de fumo”. É importante destacar ainda que, diferentemente de ricos brancos que, mesmo surpreendido com grande quantidade de drogas, são tidos como usuários, a maioria das prisões por tráfico são de pequena quantidade de drogas, como mostra uma pesquisa promovida pela Universidade de Brasília e pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em convênio com o Ministério da Justiça

Segundo a pesquisa

Nas varas criminais do Distrito Federal, quase 70% (setenta por cento) dos processos referem-se a presos com quantias inferiores a 100 (cem) gramas de maconha. No Rio de Janeiro, 50% (cinquenta por cento) estavam com quantidade inferior a 100 (cem) gramas e outros 50% (cinquenta por cento) superior. Em 0,9% das condenações, o “traficante” possuía até 1 (um) grama de droga ilícita, ou seja, até um cigarro, caso se trate de maconha, por exemplo; 13,9% foram condenados por possuírem entre 1 (um) a 10 (dez) gramas de substância ilícita e 53,9% dos condenados por tráfico foram assim classificados em virtude da apreensão de 10 (dez) a 100 (cem) gramas de drogas ilícitas.

Assim, não é bem a quantidade de drogas que diferencia o traficante do usuário, mas as condições pessoais de vida; criminaliza-se (controla-se) uma parcela pobre e negra da sociedade para garantir a segurança de uma massa dominante. Desvirtuam-se o verdadeiro sentido de cooperativismo, pois, ao invés de promover política de fortalecimento da educação e da saúde, entre outras, combatem com um direito penal do inimigo uma população historicamente destruída.

Com isso está evidente mais um indício claro de utilização do Direito Penal para controle da massa dominada por aqueles que detêm o poder político e econômico, num processo equiparado ao direito penal bélico.

### 3.3 A SÚMULA VINCULANTE 24

A discriminação indireta é uma forma velada de excluir pessoas, seja por meio da imposição de um procedimento ou de uma prática desproporcional, seja por meio de uma desvantagem específica a determinados grupos, ainda que estas não sejam opções expressas na lei.

Por outro lado, considerando que a discriminação indireta é um conceito relacional, à medida que impõe um impacto desproporcional a excluídos, beneficia o outro lado (dominantes). A recíproca também é verdadeira: se determinado ato normativo, mesmo que nas entrelinhas, beneficia apenas determinados estamentos, invariavelmente prejudica ou a sociedade como um todo ou um grupo, ambos menos privilegiados e alheios ao poder político.

Com isso em mente, passemos à análise da Súmula Vinculante 24. Preceitua o verbete sumular que *“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”*.

Ainda que instituída por uma Suprema Corte, é necessário analisar mais detidamente os efeitos de tal edição sumular sobre a apuração dos crimes de colarinho branco; mesmo que aparentemente imparcial, ela pode gerar efeitos desastrosos na nossa sociedade e, claramente, beneficiar o detentor do capital, em detrimento, mais uma vez, dos mais pobres e que não sonham impostos e sustentam o país.

Várias são as críticas feitas contra o texto da sumula, entretanto, ressaltamos as principais, como pressuposto para se inferir seu caráter separatista.

Em um primeiro instante, vale ressaltar a independência das instâncias. Condicionar, taxativamente, o processo judicial à coisa julgada administrativa (que é plenamente modificável pelo Poder Judiciário) é ferir diretamente o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Judicial. É não permitir que o competente para, de fato, avaliar se houve ou não crime, possa fazê-lo.

A administração pública gira em torno de interesses políticos, alheios a falcatruas de todos os gostos. É inconcebível permitir que decisões administrativas, guiadas por interesses pessoais, determinem se há ou não crime. Quem deve ou não ser processado? Quem seria processado? Quem cometeria crime? Certamente não os donos do capital, tampouco os apadrinhados.

Tal crítica é bem delineada por FISCHER<sup>13</sup>, segundo o qual

Com efeito, a primeira questão a ser destacada é que o Poder Judiciário, no sistema vigente, não pode ficar vinculado e jungido às conclusões advindas da seara administrativa. O monopólio da jurisdição é seu, não da administração. (...) Além disso, reconhecer-se-ia o efeito de ‘coisa julgada material’ a uma decisão administrativa (extrajudicial), que não poderia, a partir de sua prolação, ser enfrentada na esfera judícia. (...) Mais grave, a subjugação do Poder Judiciário à decisão da esfera administrativa implica supressão de jurisdição, não obstante a sociedade tenha justamente no Poder Judiciário a possibilidade, constitucionalmente consagrada, de ver apreciada qualquer lesão a direito, ou mesmo ameaça de sua ocorrência (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Em um segundo momento, tem-se a contribuição desastrosa de tal súmula para a institucionalização da impunidade dos crimes de colarinho branco e diminuição absurda da arrecadação tributária.

Partindo-se do pressuposto de que os maiores sonegadores fiscais são os maiores detentores do capital, os riscos de uma previsão em abstrato de uma súmula com tal viés também são estratosféricos.

Segundo a Fundação ANFIP (Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias)<sup>14</sup>,

Pressionado para cortar gastos e gerar superávit para pagar juros, o governo federal poderia cobrir o rombo no orçamento se recebesse apenas parte do que é sonegado por diversas empresas brasileiras. Ao todo, a União tem a receber R\$ 1,46 trilhão (cálculo feito até julho) em dívidas. Até o final de 2015, esse valor deve chegar a R\$ 1,54 trilhão.

Para, além disso, dizer que só se tipifica crimes contra a ordem tributária após o transito em julgado de decisão administrativa é uma carta branca à impunidade. Autoridade administrativa nenhuma julgaria, em última instância (já que o judiciário no caso não pode se envolver), seus pares.

No Brasil, após tantas leis instituírem extinção da punibilidade pelo pagamento (exemplo é a lei 9.249/95), vem uma lei (9.430/96, art. 83) e, além de reforçar a extinção da punibilidade pelo pagamento, ainda trouxe a possibilidade de suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento. Quem vai conseguir ser processado e julgado?

---

<sup>13</sup> FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 177 -178.

<sup>14</sup> Fundação ANFIP. **Conheça a lista dos maiores sonegadores de impostos do Brasil**. Disponível em: <<http://fundacaoanfip.org.br/site/2016/06/conheca-a-lista-dos-maiores-sonegadores-de-impostos-do-brasil/>>. Acesso em 10. abr. 2018.

Na verdade, percebe-se que o condicionamento do crime ao trânsito em julgado do procedimento administrativo fiscal proveio da edição desta última lei, em que se vislumbrou um controle político sobre o crime de sonegação fiscal. Nossas Casas Legislativas editaram uma lei na tentativa disfarçada de legitimar e proteger aqueles que são os maiores devedores tributários, bem como proteger a si mesmos de eventuais persecuções criminais.

Não menos vergonhosamente ainda vem uma Suprema Corte e ratifica tal previsão normativa por meio da súmula vinculante 24. É nitidamente a influência do capital e do poder político sobre as instituições.

Portanto, tem-se a institucionalização da discriminação indireta, amparada por interesses escusos, na intenção disfarçada de perpetuar o controle dos mais pobres e afirmar dia após dia seu poder.

#### **4 A TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE PEDERASTIA**

A criminalização por motivos de discriminação sexual é uma construção histórica provinda, principalmente, das Ordenações Manuelinas e Filipinas, as quais imputavam a pena de morte para aqueles que mantivessem práticas homossexuais.

Tais previsões influenciaram até a edição de nosso atual Código Penal Militar, o qual prevê, no art. 235, o tipo penal de pederastia, como *“Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano.”*

Segundo Celso de Melo (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Este destaque, do ponto de vista histórico, revela o trato histórico da “mais cruel das repressões”, em um quadro onde os atos do poder público “jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação”, como disse o Ministro Celso de Mello, referindo-se precisamente ao dispositivo penal ora em análise.

A pederastia sempre foi ligada à homossexualidade masculina, o que demonstra um controle do direito penal sobre uma massa específica; aqui há um impacto desproporcional em relação aos homens que mantêm relação homoafetiva. Não há uma lei imparcial, mas um ato normativo que visa imputar a algumas pessoas comportamentos moralmente inadequados segundo os ditames de uma massa dominante.

Por mais que o dispositivo deixe entender que a finalidade é proteger a ordem e a disciplina militar, não faz sentido classificar os atos homossexuais como o “mal”,

considerando os diversos e possíveis atos libidinosos existentes. É aqui que se vislumbra a discriminação indireta, o impacto desproporcional acometido a um grupo da comunidade castrense.

## **CONCLUSÃO**

Percebemos que, a todo o tempo, a edição das normas, com evidência para as penas, é resultado de forças atuantes na comunidade, nas chamadas lutas de classe; como efeito, em seu corpo, são insculpidos os diversos valores daqueles que as editam; numa decorrência lógica, como a lei é editada pelo detentor do poder político, o qual é eleito pela maioria, ao final impera os valores da maioria.

Por outro lado, vislumbrou-se, durante todo o desenvolvimento do trabalho, que os detentores do poder político e econômico mudaram a maneira de instituir a exclusão dos menos favorecidos (os dominados). Antigamente se viam leis que pregoavam condutas discriminatórias diretamente; hoje não mais se vêem tais normas, pois se deu lugar a manobras arditas de impor a exclusão; instituem-se leis de controle com aparência de legais; excluem pessoas e beneficiam outras, sob a aparência de legitimidade.

Em todo o texto pode-se ver que a lei não é imparcial. Foram vistos diversos instrumentos de dominação que, mesmo sem intenções travestidas, impõe condutas, procedimentos ou exigências desproporcionais a determinadas pessoas, sob a intenção dissimulada de dominá-los ou controlá-los, como é o caso dos pretos e pobres que são tidos diretamente como traficantes, diferentemente dos brancos e ricos que jamais são enquadrados como tais, mas como meros usuários.

Pode-se perceber que tais condutas podem ser identificadas e, com isso, corrigidas. Desde que haja uma mudança na intenção política de edição de leis imparciais, é possível que se diminua institutos discriminatórios. Nesse sentido, a Teoria do Impacto desproporcional pode expor para todos que, muitas vezes, o legislador, o juiz, o presidente, ou seja, o detentor do poder político e do capital pratica atos normativos totalmente discriminatórios e benéficos a seus próprios interesses.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.404 e 409.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4277. Julgamento em 05.05.2011, publicado no DJe nº 198 (14.10.2011).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante 24*. Brasília: dezembro de 2009.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FUNDAÇÃO ANFIP. **Conheça a lista dos maiores sonegadores de impostos do Brasil**. Disponível em: <<http://fundacaoanfip.org.br/site/2016/06/conheca-a-lista-dos-maiores-sonegadores-de-impostos-do-brasil/>>. Acesso em 10. abr. 2018.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, v. 3, 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

KOLODNY, Robert C.; MASTERS, William H.; JOHNSON, Virginia E. **Manual de Medicina Sexual**. São Paulo: Man ole, 1982.

LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro enquanto crime de gênero e suas implicações na prática jurídica**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal da nova lei de drogas**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p.1103.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988. p. 49.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos**, São Paulo, p.321. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP.

SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongivani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCHUTTER, Olivier de. **International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary**. Cambridge University Press: United Kingdom, 2010, p. 703-718.

SIEGEL, Reva B. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. **Stanford Law Review**, v. 49, p. 1111-1148, 1997.